

Ius commune en rechtstheorie: wat heeft de rechtstheorie te bieden aan de rechtsvergelijking ?

Mark VAN HOECKE
Gewoon hoogleraar K.U.Brussel
Decaan Rechtsfaculteit K.U.Brussel

'The point I want to make here, mainly as regards harmonisation, is that comparative law has become within the European Union an indispensable instrument, in respect of both the elaboration of harmonised rules at Community level and the implementation and enforcement thereof at national level – thus,, because of the requirement to place at the disposal of individuals legal remedies to enable them to protect their rights.

As for the elaboration of uniform Community rules, whether of statutory or of a judicial nature (i.e. through regulations or directives or through the case law of the Community courts), it is obvious that such 'uniformisation' (or, rather, harmonisation) has to be carried out on the basis of comparative research.'
(W. van Gerven, "Bridging the unbridgeable: community and national tort laws after *Francovich* and *Brasserie*", *ICLQ* 1996, 541)

AFDELING 1.

WALTER VAN GERVEN, *IUS COMMUNE* EN RECHTSTHEORIE

1. Walter van Gerven heeft, vooral in de jaren negentig, heel wat gepubliceerd over de (mogelijkheden tot) eenmaking van het recht in Europa, over het nieuwe Europese *Ius Commune*. In rechtstheoretische problemen heeft hij zich vooral verdiept in de jaren zestig en zeventig. Een band tussen de twee heeft hij in zijn publicaties echter nooit uitdrukkelijk gelegd. Hiervoor zijn verschillende verklaringen mogelijk: deels heeft hij wellicht zelf het verband niet gelegd tussen problemen van rechtsvergelijking en integratie enerzijds en sommige rechtstheoretische analyses en benaderingen anderzijds, deels heeft hij misschien de lezers die sterk aan hun nationale rechtstraditie gehecht zijn niet nóg meer willen afschrikken door hen ook nog met rechtstheoretische uitweidingen te overdonderen, deels heeft hij allicht ook een zekere schroom

gehad, overigens ten onrechte, om zich te wagen op een domein dat hij de laatste twee decennia niet meer op de voet gevolgd heeft.¹

Zelf ben ik, vanuit een meer rechtstheoretische achtergrond, in de loop van de laatste jaren steeds meer geïnteresseerd geraakt in het domein van de rechtsvergelijking, vooral in het licht van een Europese harmonisatie. Interessant aan de huidige ontwikkelingen is dat ze de klassieke, nationale, rechtsdogmatiek dwingt tot een minder positivistische, meer creatieve en meer theoretische analyse en benadering van het recht. Maar hiervoor zijn de meeste beoefenaren van de klassieke rechtsdogmatiek noch geschoold noch voorbereid. Rechtstheoretici, van hun kant, hebben vaak allerlei studies en analyses uitgevoerd die wat ver weg van de juridische realiteit leken te staan, maar nu al eens ontdekt worden door de meer positiefrechtelijk georiënteerde juristen, omdat ze in het kader van rechtsvergelijkende studies en ontwikkelingen een uitweg lijken te bieden uit de traditionele rechtsdogmatische schema's. In deze nationale rechtsdogmatische tradities, minstens van de laatste eeuw, werd het recht beschouwd als 'gegeven'. Men moest het enkel 'vinden'. De creatieve rol van de rechter en de rechtswetenschapper werd (ook in de *common law*²) als marginaal beschouwd. Bij het uitbouwen van een Europees *ius commune* daarentegen, moet het recht duidelijk grotendeels *gemaakt* worden. Zonder een grote creativiteit van rechtspraktijk en rechtswetenschap kan een dergelijke onderneming immers nooit lukken. Heel wat positivistisch verstarde juristen voelen zich hier verloren, en zelfs bedreigd door een ontwikkeling waarmee ze onvoldoende voeling hebben. De, ietwat zeldzamere, juristen met een brede visie op het recht zien dit dan weer als een bijzonder interessante uitdaging, en als een positieve ontwikkeling waar ze gaarne hun steentje toe bijdragen. Walter van Gerven behoort tot deze categorie en zijn bijdrage tot die ontwikkeling is duidelijk meer dan een 'steentje' geweest.

2. Zijn professionele carrière is op zich trouwens in zekere zin een voorbeeld van toenadering van de grote rechtsculturen in Europa.

Typisch voor de *common law* is de ontwikkeling van het recht, van de rechtsbegrippen, rechtsregelen en rechtsbeginselen door rechters. Tot voor kort

waren publicaties van (overleden) rechters zowat de enige rechtswetenschappelijke bronnen waarnaar *common law* rechters verwezen. De traditionele *common law* rechter zou er niet eens aan gedacht hebben een leeropdracht aan een universiteit te ambiëren. Zowel de bezoldiging als de sociale status van Engelse universiteitsprofessoren waren, en zijn dit deels nog tot op vandaag³, prohibitief laag in verhouding tot de wedde en sociale status van rechters. Dit heeft een strikte scheiding tussen magistratuur en universiteit voor gevolg.

Het continentale recht, van zijn kant, en dan vooral het Duitse recht, is traditioneel 'professorenrecht'.⁴ Het recht zelf wordt weliswaar 'gecreëerd' door wetgevers en, meer dan meestal wordt toegegeven, in grote mate ontwikkeld door rechters, maar beide categorieën rechtscheppers steunen hierbij in zeer grote mate op de interpretaties en op de rechtsbegrippen, rechtsbeginselen en rechtsconstructies zoals zij in de rechtsleer werden ontwikkeld. Al zijn er, zowel in het verleden (in België bv. Henri De Page) als nu, heel wat voorbeelden van invloedrijke professoren die tevens magistraat (geweest) waren, het continentale 'professorenrecht' is hoofdzakelijk uitgebouwd door voltijdse wetenschappers (in België bv. François Laurent).

Via zijn functie als Advocaat-generaal bij het Europees Hof van Justitie, van 1988 tot 1994, heeft Walter van Gerven het 'professorenrecht' tot 'rechtersrecht' gemaakt, en omgekeerd, aldus, althans in de ogen van Engelse juristen, '*bridging the unbridgeable*'. Vooral zijn invloed op de erkenning en uitwerking van het *proportionaliteitsbeginsel* is alom gekend en erkend.

AFDELING 2.

RECHTSVERGELIJING, RECHTSDOGMATIEK EN RECHTSTHEORIE

3. Het onderwerp van deze bijdrage is evenwel niet '*Ius commune* en Walter van Gerven', maar '*Ius commune* en rechtstheorie'. Laten wij ons dus nu verder op dit onderwerp toespitsen.

Rechtsvergelijking, althans wanneer ze meer inhoudt dan een oppervlakkige rondreis in een vreemd rechtstelsel, noopt, onvermijdelijk, tot een meer afstandelijke, theoretische benadering van het recht, waarbij dit recht niet louter positivistisch bekeken kan worden, maar in zijn ruimere maatschappelijke context geplaatst moet worden: historisch, sociologisch, economisch, politiek,

1. De verklaring is zeker niet dat Walter van Gerven niet meer in rechtstheorie geïnteresseerd zou zijn. Dit laatste wordt onder meer weerlegd door zijn aanvaarding van een benoeming voor het vak '*Theory of European Legal Integration*' in het mastersprogramma Rechtstheorie aan de K.U.Brussel (*European Academy of Legal Theory*), waarin, per definitie, een meer theoretische analyse van de eenmaking van het recht in Europa wordt geboden.

2. Waar vaak de mythe wordt hoog gehouden dat de rechters niet de *common law* maken of hebben gemaakt, maar dat zij enkel de *common law* 'vinden' die zou bestaan '*since times immemorial*'. Dit is de tegenhanger van de continentale façade van de 'wil van de wetgever', waarachter rechters zich evenzeer kunnen verschuilen om rechtsvorming te vermommen als loutere toepassing van vooraf bestaand recht.

3. De, vrij lage, weddes van *lecturers* liggen vast, maar professorenweddes kunnen vrij genegotieerd worden. Indien de universiteit daartoe bereid is, kunnen dus bezoldigingen worden toegekend die ook voor hogere rechters aantrekkelijk zouden kunnen zijn. Voorbeelden, waarbij hiermee ook effectief *rechters* door Engelse universiteiten zijn aangetrokken, zijn mij echter niet bekend.

4. R. Van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, 53 e.v.

en cultureel, met hierbij een bijzondere aandacht voor de rechtscultuur (tradities, gebruiken, methodologie, structuur van de juridische beroepen, de rechtsopleiding, enz.).

Interessant in de huidige ontwikkelingen naar eenmaking van het recht binnen Europa is dat de 'rechtsvergelijker' geen 'toerist' meer kan zijn, die vrijblijvend rondreist langs de plaatsen die hem aantrekkelijk lijken, in de landen die hem interesseren. De 'Europese jurist' moet zich engageren in een proces van rechtsontwikkeling, dat geografisch zeer precies is afgebakend, en waarbij ook zijn eigen traditionele rechtsconcepten, benaderingen en methodes in vraag gesteld worden. Hij ziet zich gedwongen na te denken over mogelijke ontmoetingspunten tussen twee of meer rechtsculturen, over de integratie in het eigen nationale recht van 'vreemd' recht, en in het bijzonder van het Europees recht. Hierbij rijzen al eens vragen over welk recht beter is, de eigen vertrouwde rechtsconstructies dan wel de buitenlandse, en of de voordelen van een wijziging opwegen tegen de nadelen die ermee gepaard gaan, of de vraag in hoeverre bepaalde wijzigingen een al te grote aantasting zouden betekenen van de eigen culturele identiteit, ook al is het voorgestelde model theoretisch beter. Bij zulke vragen ontsnapt de jurist niet aan een fundamentele bezinning over het eigen recht en over het recht in het algemeen. Dit is precies het niveau van rechtstheorie en rechtsfilosofie. Het is vooral de rechtstheorie die hierbij aan bod komt. Ze heeft het voordeel niet meteen, althans niet volledig, aan een bepaald rechtsstelsel gebonden te zijn. O.m. dit kenmerk onderscheidt de rechtstheorie van de rechtsdogmatiek. Rechtstheoretische problemen worden per definitie rechtsvergelijkend benaderd. Analyses van rechtsbegrippen, zoals bijvoorbeeld 'eigendom' of 'contract', of rechtsmethodes, zoals bijvoorbeeld wetsinterpretatie, kunnen rechtstheoretisch pas relevant zijn, wanneer ze op meer dan één rechtssysteem toepasbaar zijn. Maar omgekeerd zijn ze ook maar relevant wanneer ze, empirisch, op reëel, thans geldend recht steunen. Dit wekt dus het rechtmatig vermoeden dat rechtsvergelijking nuttig zou moeten zijn voor de rechtstheorie⁵, maar ook dat rechtstheorie iets te bieden zou moeten hebben voor de rechtsvergelijking.

5. 'In our view, then, the primary subject matter of jurisprudence is not a single universal matter, abstracted from the variant phenomena of law in all societies. It should, rather, consist of the relevant features of the phenomena of law in one or more particular societies.' (P. Atiyah & R. Summers, *Form and Substance in Anglo American Law*, Oxford, Oxford University Press, 1987, 418).

'Law is seen as the product of a particular society with all its specific social, economic and political concerns, as well as its distinctive legal community. Comparative law of this kind does provide the concrete basis for discussion of a general theory of law, and for a more illuminating theory to be developed. In that way, comparative law has lessons for legal theory.' (J. Bell, "Comparative Law and Legal Theory", D.N. MacCormick & H. von Wright (eds.), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1995, 19-31, op p. 31).

Het is mijn bedoeling om, binnen de beperkte ruimte die ons is toegemeten (tot opluchting van de meeste lezers, maar ook van sommige auteurs), een overzicht te geven van een aantal mogelijke bijdragen van de rechtstheorie aan de rechtsvergelijking, en meer in het bijzonder aan het proces van juridische integratie in Europa. Spectaculaire realisaties zijn er tot op vandaag nog niet, hoofdzakelijk omdat de rechtstheoretici doorgaans te weinig inzicht hebben in het positief recht, van het eigen land en van andere landen, om de concrete toepassingsmogelijkheden van rechtstheoretische benaderingen te zien en uit te werken, en omdat positiefrechtelijk en rechtsvergelijkend goed geschoolde juristen onvoldoende bekend zijn met rechtstheoretische literatuur. Net zoals dit trouwens voor de rechtsvergelijking zelf het geval is, dringt *teamwork* zich dus op.

AFDELING 3.

STATELIJKE EN NIET-STATELIJKE RECHTSSYSTEMEN

4. Een eerste probleem waar rechtstheoretici zich reeds vaker in verdiept hebben is de definitie van een 'rechtssysteem' en de onderlinge verhouding tussen rechtsordes van uiteenlopende niveaus: statelijke rechtsordes, subnationale, zoals een sportclub, transnationale, zoals geloofsgemeenschappen met een internationaal georganiseerde structuur (bv. de katholieke kerk), en de internationale rechtsorde. Vooral de problematiek van de verhouding tussen rechtsordes staat vandaag centraal in de ontwikkeling naar een sterkere Europese integratie.

In het Nederlandse taalgebied heeft in het bijzonder Jan Gijssels zich verdiept in deze verhoudingen, waarbij hij een aantal wetmatigheden vaststelt, zoals de voorrang van de hogere rechtsorde op de lagere, en de steeds grotere overdracht van bevoegdheden van lagere naar hogere rechtsordes.⁶

Een dergelijke pluralistische visie op het recht, die vooral in sociologische en antropologische kringen grote aandacht en steun heeft gekregen⁷, maar ook binnen de rechtstheorie in engere zin.⁸ Ze biedt een alternatieve visie op het recht, waarbinnen de Europese ontwikkelingen beter geduid kunnen worden, maar ook, bijvoorbeeld, de verhouding tussen Europees recht, nationaal recht

6. J. Gijssels, *Recht, ruim bekeken*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, 49-59.

7. Met inbegrip van een internationaal tijdschrift dat *Journal of Legal Pluralism* heet. Zie o.m.: J. Vanderlinden, "Le pluralisme juridique. Essai de synthèse", in J. Gilissen (ed.) *Le pluralisme juridique*, Brussel, Editions de l'Université de Bruxelles, 1972, 19-56; S. Moore, *Law as Process: An Anthropological Approach*, Londen, Routledge & Kegan Paul, 1978; J. Griffiths, "What is Legal Pluralism?", *Journal of Legal Pluralism* 1986, 1-41.

8. S. Romano, *L'ordre juridique*, Parijs, Dalloz, 1975 (eerste, Italiaanse, uitgave: 1918); F. Rigaux, "Le droit au singulier et au pluriel", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1982, 1-61.

en het recht van internationale sportbonden (bv. de zaak *Bosman*).⁹ Samen met de discussies over het klassieke staatsconcept, in de zin van sterk gecentraliseerde machtsuitoefening, is ook de traditioneel nauwe band tussen recht en staat aan het wankelen gebracht.

In de discussie over het onderscheid tussen statelijke rechtsorden en andere rechtsorden staat vaak het *sovereiniteitsbegrip* centraal. Overheveling van bevoegdheden naar andere rechtsorden, i.h.b. de Europese Unie, lijken voor velen politiek aanvaardbaar voor zover de nationale 'sovereiniteit' gevrijwaard blijft. Neil MacCormick, een van de meest vooraanstaande hedendaagse rechtstheoretici¹⁰, heeft duidelijk het illusoir karakter aangetoond van het idee dat vandaag ook maar één lidstaat van de Europese Unie 'soverein' zou zijn.¹¹ Er dringt zich dus een fundamentele bezinning op over de inhoud en de bruikbaarheid van de klassieke concepten waarop de juridische organisatie van onze samenleving is gebouwd: 'staat', 'natie', 'sovereiniteit', 'democratie', 'rechtsstaat', 'scheiding der machten', enz.

AFDELING 4. DE STRUCTUUR VAN RECHTSSYSTEMEN

5. Rechtstheoretici hebben zich intensief gebogen over de typestructuur van rechtssystemen. Wil men rechtssystemen met elkaar vergelijken, en zeker wanneer men ze naar elkaar wil laten toegroeien, dan moet men hierop enig zicht hebben. In de klassieke rechtsvergelijking hebben de meeste onderzoekers, vanuit hun eigen specialiteit, over de eigen grenzen gekeken naar het overeenstemmende rechtsdomein in andere rechtssystemen. Globalere analyses beperken zich dan in grote mate tot het samenbrengen van deze bevindingen. Op het niveau van het *rechtssysteem* in zijn geheel kunnen er echter andere benaderingen een beter licht werpen op gelijkenissen en verschillen tussen rechtssystemen.

Een interessant onderscheid, dat de laatste decennia algemeen ingang gevonden heeft in de rechtstheoretische literatuur is dat tussen 'primaire' en 'secundaire' rechtsregels.¹² De primaire rechtsregels zijn de *gedragsregelen* die concreet aangeven wat de burger in bepaalde omstandigheden moet, mag of niet mag doen. Zij vormen de bestaansreden van het recht. Een typisch ken-

merk van recht, waarmee het zich onderscheidt van alle andere types van sociale gedragsnormen (moraal, zeden, mode, e.d.) is evenwel dat er zich boven deze gedragsnormen een hele 'superstructuur' heeft ontwikkeld van 'secundaire' regelen, die aangeven hoe recht gemaakt, gewijzigd en toegepast kan of moet worden. Het betreft de regelen die de *instellingen* creëren en organiseren die recht tot stand brengen (wetgeving e.d.) of toepassen (administratie en rechtbanken), evenals de regelen die de *procedures* bepalen via dewelke rechtsvorming en rechtstoepassing dienen te gebeuren (alle vormen van procesrecht, maar ook een deel staatsrecht). Door een dergelijk onderscheid op een systematische wijze te hanteren in de rechtsvergelijking kunnen de punten van verschil en de hinderpalen voor harmonisatie duidelijker naar voor worden gebracht. Verschillen in gedragsregelen kunnen bijvoorbeeld samenhangen met algemeen maatschappelijke (culturele, historische, economische,...) verschillen. Verschillen op het niveau van de secundaire regelen, daarentegen, zullen eerder te maken hebben met uiteenlopende *rechtsculturen*. Een harmonisatie op het niveau van de secundaire regelen kan daarom, althans in principe, gemakkelijker gerealiseerd worden. Een dergelijke harmonisatie kan een latere eenmaking van de primaire regelen deels vergemakkelijken en deels overbodig maken (omdat gedragsregelen nu eenmaal niet *per se* overal dezelfde moeten zijn). Omgekeerd is het duidelijk dat, bijvoorbeeld, een eengemaakt contractenrecht slechts een vrij beperkte stap vormt naar juridische integratie, zolang de structuren van de rechtbanken, en van de juridische beroepen, en het privaatrechtelijk procesrecht van land tot land vrij sterk blijven verschillen.

Op heel weinig uitzonderingen na¹³, is dit rechtstheoretisch onderscheid nog niet doorgedrongen in het rechtsvergelijkend onderzoek. Uiteraard zijn heel wat comparatisten zich goed bewust van het onderscheid tussen 'materieel recht' en 'formeel recht' en van de complementariteit tussen beide, maar hierbij wordt al te veel gedacht in termen van *rechtstakken*, terwijl ook deze indelingen van het recht deels zelf door het eigen nationale recht bepaald zijn. Een neutrale, gemeenschappelijke benadering kan slechts gevonden worden in rechtstheoretische analyses, zoals het onderscheid tussen primaire en secundaire rechtsregelen.

AFDELING 5. DE SUMMA DIVISIO PRIVAATRECHT – PUBLIEK RECHT

6. Een zeer klassieke, en wellicht de meest klassieke indeling binnen het positief recht, althans in *civil law* rechtssystemen, is dat tussen privaatrecht en

9. M. Van Hoecke, "Konflikterende rechtsorden: sport en recht", in *Publiek recht, ruim bekeken. Opstellen aangeboden aan Prof. J. Gijssels*, Antwerpen, Maklu, 1994, 363-391. Voor de zaak *Bosman*, zie: R. Blanpain, *De Bosman Case. Einde van het transfertijdperk?*, Leuven, Peeters, 1996, 389 blz.

10. En sinds 1999 Europees parlements lid voor de Schotse nationalistische partij.

11. D.N. MacCormick, "Beyond the Sovereign State", *The Modern Law Review* 1993, 1-18.

12. Het onderscheid werd voor de eerste maal, in deze bewoordingen, gemaakt door Herbert Hart in zijn boek *The Concept of Law* (Oxford, Clarendon Press, 1961, 77-96).

13. P. Emili, "Le principe de subsidiarité comme règle secondaire entre droit et politique", paper voorgebracht op het congres *European Private Law in Context*, K.U. Brussel 5-6 februari 1999.

publiek recht. Hierrond is in continentaal Europa het hele recht, de hele rechtswetenschap en het rechtsonderwijs¹⁴ gebouwd. In de *common law*, en nog meer in niet-Westerse rechtsculturen zoals de Chinese, blijkt dit echter veel minder een soort natuurlijk gegeven te zijn. Maar ook de continentale juristen hebben het reeds langere tijd moeilijk om bepaalde rechtsgebieden, zoals bijvoorbeeld het socialezekerheidsrecht, in deze tweedeling te plaatsen. In het kader van de huidige Europese ontwikkelingen staat echter de tweedeling zelf op de helling. Niet zozeer omdat het wenselijk lijkt ons wat aan te passen aan de Engelse en Ierse traditie, maar vooral omdat onze *summa divisio* steeds meer, en steeds grotere, gaten vertoont in gebieden waar er binnen de Europese Unie, o.m. via Europese regels en/of Europese arresten, een vrij grote uniformiteit bestaat.

Een goed voorbeeld hiervan is het domein van de *privacy*. *Privacy*bescherming is in oorsprong een typisch publiekrechtelijke aangelegenheid: men wil de burger veilig stellen voor een inmenging van de overheid in zijn private levenssfeer, o.m. door een grondwettelijke bescherming van het eigendomsrecht, van het briefgeheim, van de godsdienstvrijheid, van de vrijheid van vergadering, door een strikte regeling van de mogelijkheden tot aanhouding en door allerlei beperkingen in hoofde van de overheid (fiscus, socialezekerheid, e.d.) bij het opsporen van fraude. De persoonlijke levenssfeer van de burger is dan ook door allerlei publiekrechtelijke regelgeving beschermd, waaronder ook het *Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens* (i.h.b. art. 8, maar ook de art. 9 t.e.m. 12). Niettemin blijkt bescherming van de persoonlijke levenssfeer thans vooral een probleem te zijn in de zuiver privaatrechtelijke sfeer van de verhouding tussen burgers onderling, en dan vooral de relaties met de pers. Rechtspraak en rechtsleer hebben, overal in Europa, geoordeeld dat die *publiekrechtelijke* bescherming ten volle van toepassing is op privaatrechtelijke relaties.¹⁵ Dit leidt geregeld tot spanningen tussen de publiekrechtelijke

telijke concepten en regelen en het privaatrechtelijke toepassingsgebied.¹⁶ In Frankrijk werd gepoogd deze spanning te vermijden door twee aparte regelgevingen uit te werken: een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke. In de praktijk blijken dit niettemin geen waterdichte schotten te zijn en is er een feitelijke vermenging in de praktische toepassing.¹⁷ Bovendien is er een groeiende erkenning van een '*droit privé constitutionnel*', waarvoor de klassieke *summa divisio* van publiek en privaatrecht slechts een hinderpaal is, die noch de duidelijkheid noch de eenheid van het recht ten goede komt.¹⁸

Enkel meer theoretisch georiënteerd onderzoek zal hier een uitweg kunnen bieden. Dit lijkt evenwel een braakliggend terrein te zijn. Noch de rechtsdogmatiek noch de rechtstheorie lijken zich de de laatste decennia voor dit onderwerp geïnteresseerd te hebben als onderzoeksthema. Een van de publicaties waarin de overbrugging van publiek recht en privaatrecht nog het meest specifiek aan bod komt is Walter van Gervens *Beginselen van behoorlijk handelen*.¹⁹ In zijn inleiding verantwoordt de auteur deze titel als volgt:

'Wie bovenstaande titel leest vraagt zich wellicht af, of ik mij niet vergis, of de titel niet veeleer moet luiden 'Beginselen van behoorlijk bestuur'. Afkomstig uit Nederland is dit laatste begrip nu ook goed ingeburgerd in het Belgische bestuursrecht, zo goed dat het gemakkelijker in de mond ligt dan het ruimere begrip 'beginselen van behoorlijk handelen'. En toch is het ruimere begrip ouder en nog fundamenteler dan het eerste. De band tussen beide begrippen wil ik hier onderzoeken met een dubbele bedoeling: in de eerste plaats om aan te tonen dat publiek- en privaatrecht tot een gemeenschappelijke noemer kunnen worden teruggebracht, in de tweede plaats dat beide van elkaar iets kunnen leren.'

Met deze publicatie levert Van Gerven dan ook een belangrijke bijdrage tot een theoretisch model waarmee de scheiding tussen publiek en privaatrecht minstens ten dele kan worden opgeheven.

AFDELING 6.

ALGEMENE RECHTSBEGINSELEN

7. *Beginselen van behoorlijk handelen* is tevens een interessante bijdrage in het domein van de *Algemene rechtsbeginselen*. De opkomst en proliferatie van

14. In Frankrijk wordt men ofwel *agrégé en droit publique*, ofwel *agrégé en droit privé*. Met dit diploma heeft men nadien enkel toegang tot het professoraat in dit domein, of tot wat daartoe gerekend wordt.

15. Zie, voor België: S. Gutwirth, "De toepassing van het finaliteitsbeginsel van de Privacywet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens", *T.P.R.* 1993, 1409-1477, op p. 1422. Voor Duitsland: H. Stoll, "The General Right to Personality in German Law: An Outline of its Development and Present Significance", in B.S. Markesinis (ed.), *Protecting Privacy*, Oxford, Clarendon Press, 1999, 29-47, op p. 33, en, in hetzelfde bundel: B.S. Markesinis en S. Enchelmaier, "The Applicability of Human Rights as between Individuals under German Constitutional Law", 191-243. Voor het Verenigd Koninkrijk: B. Neill, "Privacy: A Challenge for the Next Century", in *Protecting Privacy, o.c.*, 1-28, op p. 21.

16. Vooral in de Duitse rechtspraak komt dit zeer duidelijk naar voor. Zie het in de vorige noot geciteerde artikel van Markesinis en Enchelmaier.

17. T. Leonard en Y. Pouillet, "Les libertés comme fondement de la protection des données nominatives", in F. Rigaux, e.a., *La vie privée: une liberté parmi les autres?*, Brussel, Larcier, 1992, 231-277, op p. 271, voetnoot 70.

18. E. Picard, "The Right to Privacy in French Law", in B.S. Markesinis, *Protecting Privacy*, Oxford, Clarendon Press, 1999, 49-103, op p. 70.

19. Gent, Story Scientia, 1983, 21 blz.

'algemene rechtsbeginselen' in rechtsleer en rechtspraak is een van de meest kenmerkende rechtsontwikkelingen van de laatste decennia, niet enkel in ons land, maar over heel Europa, zelfs, zij het nog zeer schoorvoetend, in de *common law* landen. Zo moet Engeland, onder druk van een Europese richtlijn, en willens nillens, in zijn klassiek contractenrecht leren leven met het *goede trouw* beginsel²⁰, ook al 'as one would expect, the English confident appeal to reason and common sense is rejected in favour of a more metaphysical civilian formula'.²¹ Een dergelijk 'metafysisch' algemeen beginsel van *bescherming van de privacy* lijkt eveneens onafwendbaar voor de Engelse rechtsontwikkeling, in het bijzonder door de omzetting in het Britse recht van het E.V.R.M. via de *Human Rights Bill*.²²

Algemene rechtsbeginselen blijken aldus een belangrijke rol te spelen in de totstandkoming van een Europees *ius commune*.²³ Dergelijke beginselen zijn het moeilijkst verteerbaar voor de Engelse jurist, die een bijna viscerale afkeer lijkt te hebben van alles wat zweemt naar een algemene regel, laat staan naar een *algemeen beginsel* met een zeer ruim toepassingsveld. Maar ook voor de continentale traditie is het denken in algemene rechtsbeginselen, en zeker in *ongeschreven* algemene rechtsbeginselen, een vrij recent verschijnsel, dat pas na de tweede wereldoorlog tot ontwikkeling is gekomen. Voorheen waren hoofdzakelijk *wettelijke regelen* (minstens formeel) het uitgangspunt van juridische redeneringen en nauwelijks of niet *rechtsbeginselen*. Het Europees Hof van Justitie heeft trouwens een niet onbelangrijke bijdrage geleverd tot deze ontwikkeling door zijn ruime toepassing van artikel 215, tweede lid EG-Verdrag, waarbij de 'algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben' als rechtsbron geldt. Het Hof heeft het toepassingsveld verruimd van de niet-contractuele aansprakelijkheid (het enige wat uitdrukkelijk

in het verdrag voorzien is) tot alle domeinen van het recht²⁴, zelfs, in sommige gevallen, als een zelfstandige rechtsbron met voorrang op Europese verordeningen en richtlijnen.²⁵

De erkenning van ongeschreven algemene rechtsbeginselen als rechtsbron, de per definitie vage inhoud van algemene beginselen, de verhouding tussen, een ongeschreven of Europees, algemeen beginsel en een concrete, nationale, wettelijke regel, dit alles roept vragen op die de klassieke rechtsdogmatiek overstijgen en tot rechtstheoretische analyses nopen.

AFDELING 7.

ANALYSE VAN RECHTSBEGRIPPEN

8. (Rechts)begrippen zijn middelen om de (juridische) werkelijkheid te beschrijven en te ordenen. Voor de *inhoud* van het recht zijn dergelijke concepten in principe neutraal. Het begrip 'eigendom' kan net zo goed gehanteerd worden voor een zeer individualistische regelgeving als voor een sterk collectivistische.

Een van de bekende vaststellingen bij rechtsvergelijkend onderzoek binnen de Europese Unie, is dat juridische constructies en regelgevingen op het eerste gezicht vrij sterk van elkaar kunnen verschillen, terwijl het praktische resultaat bij de toepassing van het recht vrijwel hetzelfde is.

Voor wat het verschil in *regels* betreft, kan deze convergentie in de rechtspraktijk verklaard worden door een vergelijkbare socio-economische werkelijkheid en een gelijklopende mens- en maatschappijvisie. Uiteenlopende regels worden dan in de praktijk vanuit deze fundamenteel zelfde visie 'naar elkaar toe' geïnterpreteerd om aldus een zelfde wenselijke oplossing te bereiken voor een zelfde maatschappelijk probleem.²⁶ Hier kan de rechtstheorie een beter inzicht verschaffen in het rechtsvindingsproces en in het onderscheiden gewicht van, zichtbare en minder zichtbare, verschillen en gelijkenissen.

Wat de *begrippen* betreft, liggen de zaken soms moeilijker. Elke jurist redeneert binnen, en met, de begrippen van het rechtssysteem waarmee hij als jurist is opgegroeid. Ook begrippen kunnen natuurlijk ruimer of enger geïnter-

20. Art. 5 Richtlijn Raad E.G. nr. 93/13, 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *P.B.L.* 21 april 1993, 95/29.

21. H. Collins, "Good Faith in European Contract Law", *Oxford Journal of Legal Studies* 1994, 229-254, 246.

22. Human Rights Act 1998

'The enactment of the Human Rights Bill will mark 'the beginning of a new constitutional chapter' in the history of the United Kingdom. In the field of privacy it will perhaps have the greatest impact. ... It is likely, ... , to be used as the springboard for the development of existing causes of action so as to fill the gaps in the patchy protection of privacy in English law' (R. Singh, "Privacy and the Media: The Impact of the Human Rights Bill", in B.S. Markesinis, *Protecting Privacy*, Oxford 1999, 169-190, op blz. 189-190, met een verwijzing naar een opmerking van Lord Scarman in de House of Lords).

'For a long time I have doubted the need for a general right of privacy, but the advances made by modern technology have changed my mind.' (Sir Brian Neill in zijn eerder geciteerde bijdrage tot de bundel *Protecting Privacy*, op p. 27).

23. R. Schulze, "Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht", *ZeutP* 1993, 442, op p. 454-474.

24. S. Weatherill en P. Beaumont, *EC Law*, Londen, Penguin, 1993, 219 e.v.

25. H.v.J. 11 juli 1991, *zaak Crispoltoni*, nr. C-368/89, *Jur.H.v.J.* 1991, I (3695), p. 3720.

26. Voor voorbeelden van de invloed van ideologische uitgangspunten bij rechterlijke interpretatie, in een rechtsvergelijkend perspectief, zie: M. Van Hoecke en M. Warrington, "Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law", *ICLQ* 1998, 495-536, op p. 516-519. Voor een analyse van de rol van ideologie in de rechterlijke rechtsvinding, in een niet-rechtsvergelijkend perspectief, kan verwezen worden naar mijn publicaties *Mens- en maatschappijbeeld van de rechter* (Gent, 1975), *De interpretatievrijheid van de rechter* (Antwerpen, 1979) en "Mens- en maatschappijbeeld van de vrederechter", in J. Broekman, e.a., *Vrederechter: Openbare Dienst*, Brugge, 1989, 123-178.

preteerd worden, maar ze kunnen niet terzijde geschoven worden. Met regels kan dit wel, bijvoorbeeld wegens strijdigheid met een hogere regel, of met een algemeen rechtsbeginsel, en desnoods wegens strijdigheid met een *ongeschreven* algemeen rechtsbeginsel.

Maar rechtsbegrippen zijn niet juist woorden, die een bestaande werkelijkheid benoemen, zoals bijvoorbeeld 'hand' of 'water'. Zij structureren de werkelijkheid en bevatten vaak op zich reeds een complex geheel van regelen: 'voogdij', 'eigendom', 'contract' zijn minder eenvoudig en minder neutraal dan 'hand' of 'water'. Om dus een duidelijk zicht te krijgen op de inhoud van rechtsbegrippen, dienen deze begrippen geanalyseerd te worden en uit elkaar gepuzzeld te worden tot hun samenstellende elementen.

De meest baanbrekende, en meest bekende rechtstheoretische analyse op dit gebied is van de hand van de Amerikaan Wesley Newcomb Hohfeld.²⁷ Hohfeld analyseerde het begrip 'recht' en stelde vast dat hiermee uiteenlopende rechtsverhoudingen worden aangeduid: nu eens een 'vrijheid' of een 'aanspraak', dan weer een 'bevoegdheid', een 'immunititeit' (t.a.v. andermans bevoegdheidsuitoefening) of een 'privilege' (een uitzondering op een algemeen verbod, bv. wettige zelfverdediging). Verder onderzocht hij de logische verhouding tussen deze begrippen onderling en binnen rechtsverhoudingen.

De eerste die het werk van Hohfeld onder de aandacht bracht van een ruimer publiek in het Nederlandse taalgebied was Walter van Gerven, in een van zijn vroege publicaties, in 1961.²⁸ Noch Hohfeld, noch Van Gerven, noch andere auteurs²⁹ hebben evenwel het aldus uitgewerkt analytisch instrumentarium gebruikt in het kader van rechtsvergelijkend onderzoek. Toch lijkt in een dergelijke benadering een bijzonder groot potentieel te liggen om uiteenlopende begrippen uit diverse rechtsculturen op een ander, dieper, niveau met elkaar te vergelijken en tot gemeenschappelijke noemers terug te brengen. Een concept zoals *trust*, bijvoorbeeld, is niet als dusdanig te vergelijken met enig continentaal rechtsbegrip. Maar het bevat een hele reeks 'aanspraken', 'vrijheden', 'bevoegdheden', e.d., die hun tegenhanger vinden in onderdelen van

diverse continentale begrippen, zoals 'voogdij', 'vennootschap', 'bewaargaving', enz. In Engeland verwerft men geen 'eigendom' van gronden, omdat nog steeds de feodale fictie geldt dat '*the Crown*' er eigenaar van is. Onder andere namen (bv. '*estate in fee simple absolute in possession*') worden dan evenwel grotendeels identieke rechten toegekend.

In dezelfde geest heeft Åke Frändberg, hoogleraar in Uppsala, het concept van '*ideaaltype*' voorgesteld als instrument voor rechtsvergelijkend onderzoek. Zijn uitgangspunt is dat de concrete inhoud van rechtsbegrippen steeds afhankelijk is van het betrokken rechtssysteem, maar dat de onderlinge verschillen vaak beperkt blijven, zodat een gemeenschappelijke kerninhoud, een '*ideaaltype*' onderscheiden kan worden. Zo kan men komen tot een begripsinhoud die onafhankelijk is van de betrokken rechtssystemen. Zo houdt 'eigendom' steeds een beschikkingsvrijheid in en een bezitsbescherming. De concrete eigendomsbegrippen in de diverse rechtssystemen kunnen dan op een schaal gebracht worden van meer of minder beschikkingsvrijheid en meer of minder bezitsbescherming.³⁰

AFDELING 8. JURIDISCHE METHODES

9. Methodologische verschillen kunnen een niet onbelangrijke hinderpaal vormen bij juridische harmonisatie. De meest zichtbare, zoals de sterk uiteenlopende redactie van de arresten van de hoogste rechtscolleges in de verschillende Europese landen, zijn door alle comparatisten gekend. Opnieuw is het echter de vraag of dit wel belangrijke verschilpunten zijn, of we niet eerder met uiteenlopende presentaties te doen hebben van in wezen gelijkaardige redeneringen die er achter schuil gaan. Onderzoek op dit gebied, zowel binnen de rechtsvergelijking als binnen de rechtstheorie, wijst in die richting.

Interessant onderzoek werd geleverd door Neil MacCormick en Bob Summers, eerst met betrekking tot wetsinterpretatie³¹, nadien m.b.t. de rol van precedentes in de rechterlijke redenering.³² Hieruit blijkt inderdaad een opvallend parallellisme wat de rechterlijke redenering betreft. Door bij de rechtsvergelijking van deze onderliggende gemeenschappelijke basis te vertrekken zal harmonisatie opnieuw gemakkelijker verlopen dan wanneer men van opvallende, maar weinig belangrijke, verschillen in presentatie vertrekt.

27. *Fundamental Legal Conceptions, as Applied in Judicial Reasoning*, New Haven, Yale University Press, 1919 (voorheen gepubliceerd in de *Yale Law Journal*, in 1917, en nadien herdrukt bij Greenwood Press, Westport Conn., in 1978).

28. "Een nieuwe analyse van het begrip 'recht'. De 'Juristic Conceptions theorie'", *R.W.* 1960-61, 2042-2054.

29. Al is de bruikbaarheid van Hohfeld's analyses voor de rechtsvergelijking wel al ter discussie gebracht (zie i.h.b. de bijdragen in de *International Journal for the Semiotics of Law* van 1996: J. de Sousa e Brito, "The Ways of Public Reason: Comparative Constitutional Law and Pragmatics" (p. 173-183), M. Van Hoecke, "Hohfeld and Comparative Law" (p. 185-201), M. Henket, "Hohfeld, Public Reason and Comparative Constitutional Law" (p. 202-206)). Tot een effectieve aanwending ervan in het kader van een (empirisch) comparatief onderzoek is het evenwel nog niet gekomen.

30. Å. Frändberg, "Systematics of Legal Concepts", *Scandinavian Studies in Law* 1987, 83-115.

31. D.N. MacCormick en R.S. Summers, *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot, 1991. Hierin komen de volgende landen aan bod: Duitsland, Frankrijk, Italië, Finland, Zweden, Verenigd Koninkrijk, en, buiten de Europese Unie: Polen, Argentinië en de Verenigde Staten.

32. D.N. MacCormick en R.S. Summers (eds.), *Interpreting Precedents: a Comparative Study*, Aldershot, Ashgate, 1997.

Ook Walter van Gerven heeft in diverse publicaties³³ aangetoond dat de fundamentele keuzes waarvoor de rechter staat van vrij universele aard zijn, zeker binnen Europa. Verschillen beperken zich in grote mate tot de vorm, terwijl de inhoud dezelfde is. Uiteenlopende benaderingen in het rechtsvindingsproces vindt men evenzeer binnen elk van de rechtsculturen, als tussen deze culturen onderling.

AFDELING 9. INTERDISCIPLINAIRE BENADERINGEN

10. Tot nu toe is hoofdzakelijk de rechtstheorie in enge zin aan de orde geweest. Het hele proces van de huidige rechtsontwikkeling in Europa, en in het bijzonder van een *ius commune*, noopt evenwel tot een ruimere reflectie, waarbij heel wat niet-juridische disciplines een relevante inbreng kunnen hebben, zoals de politieke wetenschap, de (rechts)geschiedenis, de (rechts)sociologie, de economische analyse van het recht, e.d. Er is, m.a.w., ook een duidelijke behoefte aan rechtstheorie in ruime zin, waarbij een interdisciplinaire benadering centraal staat.³⁴

11. De *politieke wetenschap* lijkt tot voor kort het proces van Europese eenmaking in grote mate verwaarloosd te hebben.³⁵ Niettemin is er, en meer bepaald op het niveau van het staatsrecht, een behoefte aan politieke analyses, bij het uitwerken, verfijnen en harmoniseren van begrippen, structuren en andere rechtsconstructies. De recentelijk toegenomen aandacht voor deze problematiek binnen de politieke wetenschap zal ongetwijfeld nuttig materiaal aanleveren voor rechtstheoretisch onderzoek, in het bijzonder in het domein van de staatsrechtstheorie, dat hoger, onder randnummer 4, werd besproken.

12. De *rechtsgeschiedenis* leert ons dat alle Europese (privaat)rechtsstelsels, ook van de *common law*, dezelfde, romeinsrechtelijke, wortels hebben. Deze gezamenlijke historische basis is een objectief gegeven, dat de ontwikkeling

van een (nieuw) *ius commune* in elk geval een goede uitgangspositie biedt. Maar de vraag is natuurlijk wat er vandaag, in het concrete recht, nog overblijft van dit Romeins recht. Misschien gebruiken we dezelfde begrippen, maar dekken ze een andere inhoud. Wellicht is wat we historisch nog gemeenschappelijk hebben nog slechts van marginale betekenis voor het hedendaagse recht.³⁶

Ook de rechtsgeschiedenis blijkt, zoals de rechtsdogmatiek, zich sinds de negentiende eeuw grotendeels te hebben beperkt tot de studie van het eigen nationale terrein. De wetenschappelijke studie van de *Europese rechtsgeschiedenis* staat nog in haar kinderschoenen.³⁷ Toch lijken rechtshistorici zich bijzonder te interesseren voor de *ius commune* problematiek³⁸, en is de rechtsgeschiedenis de juridische meta-discipline waar de meeste aandacht naar uitgaat in het kader van de hedendaagse rechtsvergelijking en *ius commune* discussie.³⁹

Uiteraard is de geschiedenis geen statisch gegeven. Wat 'altijd zo geweest is' zal niet noodzakelijk altijd zo blijven. Recente ontwikkelingen in het angelsaksische recht, waarvan hoger enkele voorbeelden werden gegeven, tonen dit duidelijk aan. Historisch onderzoek kan ons echter wel een beter inzicht geven in wat toevallig verschillend is, dan wel diep in de tradities ingebakken is, evenals in het hoe en het waarom van verschillen. Rechtshistorisch onderzoek kan ons ook beter bewust maken van fundamenteel gemeenschappelijke uitgangspunten⁴⁰, o.m. door rechtsfiguren, rechtsbegrippen, e.d.

33. *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij en Zwolle/W.E.J. Tjeenk Willink, 1973; "Plaats en functie van regelgeving, rechtspraak en rechtsleer in het kader van de rechtsvorming", in W. van Gerven en J.C.M. Leyten, *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, en Antwerpen, SWU, 1976, 1-24.

34. Zie, over deze interdisciplinaire functie van de rechtstheorie: J. Gijssels en M. Van Hoecke, *Wat is rechtstheorie?*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen 1987 (eerste uitgave: 1982), 95-98; M. Van Hoecke, "Object en methode van de rechtstheorie", hoofdstuk 2 in O.W.M. Kamstra, F.B.M. Kunneman en C.W. Maris (red.), *Nederlandse Rechtswetenschap*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, 55-59.

35. J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 190-191.

36. Zoals het Fins en het Hongaars dezelfde historische wortels hebben, en beide talen nog honderden gemeenschappelijke woorden tellen. In de praktijk echter kunnen Finnen en Hongaren elkaar in het geheel niet begrijpen. De gemeenschappelijke woorden zijn in het hedendaagse taalgebruik vrijwel volledig in onbruik geraakt.

37. R. Jacob, "La décision judiciaire en Europe dans la perspective de l'histoire comparée. Eléments de synthèse", in R. Jacob (ed.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes. Etudes d'histoire comparée*, Parijs, L.G.D.J., reeks 'Droit et Société', deel 17, 1996, 398.

38. H. Coing, *Von Bologna bis Brüssel. Europäische Gemeinsamkeiten in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*, Bergisch Gladbach/Köln, Verlag Josef Eul, 1989; G. Van den Bergh, "Ius Commune, a History with Future?", in B. De Witte en C. Forder (eds.), *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, Deventer, Kluwer, 1992, 593-607; R. Zimmermann, "Der europäische Charakter des englischen Rechts", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1993, 4-51; R. Zimmermann, "Savigny's Legacy. Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Legal Science", A. Wijffels, "European Private Law: A New Software-Package for an Outdated Operating System?", in M. Van Hoecke en F. Ost, *The Harmonisation of Private Law in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2000 (te verschijnen).

39. Zie o.m.: H. Kötz, "Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?", *Juristen-Zeitung* 1992, 20-22.

40. Zie bv.: J. Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

te ontdoen van hun historische toevalligheden en te herleiden tot wat door de eeuwen heen onveranderd gebleven is.

Rechtsvergelijkend onderzoek kan hierin o.m. aanwijzingen vinden voor de 'gemakkelijke' weg en de 'moeilijke' weg naar een nieuw *ius commune*.

13. In de recente literatuur rond de (mogelijkheden van) eenmaking van het recht in Europa gaat vrij veel aandacht naar de *rechtscultuur* als het kader waarbinnen het positief recht van een bepaald land functioneert, geïnterpreteerd en georiënteerd wordt. Vooral voor een studie van deze achterliggende rechtscultuur zou de *rechtssociologie* een specifieke bijdrage kunnen leveren tot de rechtsvergelijking. Recentelijk zijn trouwens diverse studies in dit domein verschenen.⁴¹

14. Waar de rechtssociologie vooral in de jaren zeventig vrij veel belangstelling genoot in de juridische en politieke wereld⁴², geniet thans, in het verlengde van algemeen-maatschappelijke ideologische ontwikkelingen, vooral de *rechtseconomie*, of 'economische analyse van het recht' heel wat aantrekkingskracht.

Het interessante van deze discipline is dat ze niet zozeer verklaart waarom het recht, hier en nu, is zoals het is, maar dat ze formules aanbiedt waarmee tussen alternatieve juridische constructies diegene gekozen kan worden die vanuit economisch oogpunt de interessantste is, of althans geacht wordt te zijn. Dit biedt de mogelijkheid binnen een proces van harmonisatie, althans in sommige gevallen, bij uiteenlopende rechtsconstructies de 'objectief beste' te kiezen. In de mate dat een wijziging van het recht in bepaalde landen een *verbetering* van het recht inhoudt, zou dit in principe de harmonisatie moeten vereenvoudigen. Zo zou men kunnen verwachten dat advocaten eerder bereid zijn hun procedurele gewoontes aan te passen aan een nieuw procesrecht, dat op Europees niveau geharmoniseerd zou zijn, wanneer dit leidt tot snellere en efficiëntere procedures.

Maar ook de rechtseconomen lijken het proces van de juridische integratie in Europa nog niet echt ontdekt te hebben als laboratorium voor hun onder-

zoek. Opnieuw een braakliggend terrein dus. Maar uiteraard is er wel heel wat rechtseconomische literatuur voorhanden waarvan comparatisten dankbaar gebruik zouden kunnen maken.⁴³

BESLUIT

15. Rechtstheoretische literatuur biedt uiteraard geen pasklare antwoorden op de meeste vragen van Europese rechtsvergelijking, zo al op een ervan. Zoals in alle menswetenschappen is de 'wetenschappelijke zekerheid' van rechtstheoretische bevindingen erg relatief. Ook rechtstheoretici hebben al eens een uiteenlopende visie op het recht, zonder dat de ene visie duidelijk als 'juist' en de andere als 'fout' bestempeld zou kunnen worden. Men kan bijvoorbeeld recht vooral zien als een hiërarchisch gestructureerd geheel van normen (*Kelsen*), of als een argumentatie- (*Perelman*) of interpretatiepraktijk (*Dworkin*), als een middel om de vrijheid van de burger te waarborgen (i.h.b. via de mensenrechten), dan wel als een middel tot onderdrukking van bepaalde groepen in de samenleving (*Critical Legal Studies Movement*), zoals de arbeiders (marxistische rechtstheorie), of de vrouwen (feministische rechtstheorie), als een historisch proces (de Duitse *Historische school* in de negentiende eeuw), of als een mechanisme dat een optimale economische allocatie van de middelen in de samenleving kan bevorderen of belemmeren (de meeste stromingen binnen de *economic analysis of law*). De jurist kan dus al eens uit het rechtstheoretisch arsenaal halen wat hem best uitkomt en het overige negeren. Dit ligt de jurist overigens wel: doet hij dit niet voortdurend met positiefrechtelijke gegevens en argumenten? Maar net zoals de rechter de argumenten van de partijen tegenover elkaar afweegt en sommige te licht zal bevinden, zullen ook in het wetenschappelijke debat uiteindelijk de sterkste argumenten het best en langst stand houden.

41. E. Blankenburg, *Patterns of Legal Culture: The Netherlands Compared to Neighboring Germany*, Duitsland Cahier 1997, 1, Universiteit van Amsterdam; A. Garapon, "French Legal Culture and the Shock of 'Globalization'", *Social & Legal Studies*, 1995, 493-506; L.M. Friedman en H.N. Scheiber (eds.), *Legal Culture and the Legal Profession*, Oxford/Boulder Col., Westview Press, 1996; D. Nelken (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1996.

42. Ook in kringen van comparatisten. Zo telt het bundel *Buts et méthodes du droit comparé* (M. Rotondi (ed.), Padua-New York, 1973) niet minder dan vijf bijdragen over sociologie in verband met de rechtsvergelijking, waarvan drie uitdrukkelijk over het gebruik van sociologische methodes in de rechtsvergelijking.

43. Voor literatuur kan het hier volstaan te verwijzen naar:

B. Bouckaert en G. De Geest, *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar (te verschijnen), tevens integraal beschikbaar op Internet: <http://allserv.rug.ac.be/~gdegeest/>
P. Newman, *The new Palgrave dictionary of economics and the law*, Londen, Macmillan, 1998, 3 vol.